

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information

Montero, Etienne; Demoulin, Marie

Published in:

Revue Ubiquité. Droit des technologies de l'information

Publication date:

2003

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E & Demoulin, M 2003, 'La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information: une vue panoramique et trois zooms', *Revue Ubiquité. Droit des technologies de l'information*, Numéro 16, p. 41-59.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information : une vue panoramique et trois zooms

Marie DEMOULIN¹ et Étienne MONTERO²

Vue panoramique de la loi

On désigne volontiers la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information comme la « loi sur le commerce électronique », à l'instar de la directive qu'elle transpose³. Cette présentation est commode, mais équivoque ; en tout cas, elle ne devrait pas faire oublier que la loi du 11 mars 2003 (ci-après, « la loi ») dépasse largement les frontières du commerce électronique pour s'appliquer à tous les services de la société de l'information.

La notion de « service de la société de l'information », en effet, ne vise pas uniquement les services donnant lieu à la conclusion de contrats (sites transac-

tionnels), mais une grande variété de services fournis en ligne dans la mesure où ils représentent une activité économique.

Notion clé dans le dispositif de la loi, le « service de la société de l'information » (ci-après S.S.I.) est défini comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service » (art. 2, 1°, de la loi)⁴. Chacun des termes de cette définition complexe mériterait un commentaire circonstancié. Dans l'espace qui nous est imparti, on se contente de formuler quelques observations (très) partielles⁵. Si la

1. Assistante aux F.U.N.D.P. et chercheuse au C.R.I.D.

2. Professeur aux F.U.N.D.P.

3. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), J.O.C.E., n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1. En réalité, cette directive a été transposée en droit belge par deux lois distinctes : la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution (ci-après, loi « article 77 »), M.B., 17 mars 2003, p. 12960, et la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, M.B., 17 mars 2003, p. 12963. Dans la suite de l'article, nous nous référons surtout à cette dernière loi.

4. Suivant l'article 2, a, de la directive sur le commerce électronique, cette définition est calquée sur celle figurant à l'article 1^{er}, § 2, de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes réglementaires techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, J.O.C.E., n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 37, modifiée par la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998, J.O.C.E., n° L 217 du 5 août 1998, p. 18.

5. Pour plus de détails, outre les précisions fournies par le commentaire de l'article 2, 1°, du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/1, pp. 13 et s., voy. M. ANTOINE, « Objet et domaine de la directive », in E. MONTERO (sous la dir. de), *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du C.R.I.D., n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 1 et s., nos 2 et s.

volonté du législateur européen du 8 juin 2000 n'avait été claire, on aurait pu avoir quelque doute à propos de l'étendue du domaine *ratione materiae* de la directive. En effet, la directive 98/48 définit la notion de S.S.I. comme un service presté à distance par voie électronique, c'est-à-dire entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques. Cette définition porte à croire que la notion exclut les ventes et services impliquant une livraison matérielle pour ne retenir que les services fournis complètement en ligne. Néanmoins, telle ne semble pas être l'intention du législateur. Les services « hybrides » (i.e., fournis en partie on line et en partie off line)⁶ sont bel et bien couverts par la notion de service de la société de l'information, du moins en ce qui concerne la partie du service fournie en ligne, à l'exclusion de toute l'activité développée hors ligne. Seuls les services entièrement fournis off line sont exclus de la notion et ce, même s'ils impliquent l'utilisation de dispositifs électroniques⁷.

L'expression « normalement contre rémunération » renvoie à l'exigence d'une contrepartie économique. A cet égard, les modalités concrètes de financement du service sont indifférentes : le service ne doit pas nécessairement être rémunéré par le destinataire, il suffit que l'activité ait un caractère économique. Ainsi, sont couverts par la notion de S.S.I. les services gratuits pour le destinataire, dont le financement est assuré par la publicité (sites parrainés ou journaux accessibles gratuitement en ligne et financés par le biais de bandes publicitaires...). Sont, par con-

tre, exclues de la notion les activités accomplies par l'Etat sans contrepartie économique, dans le cadre de ses missions de service public (domaine social, culturel, éducatif, judiciaire...). Par service fourni « à distance », on entend « un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes ». Sont ainsi exclus de la loi certains services qui, tout en s'appuyant apparemment sur une prestation à distance, s'effectuent en présence physique des parties. On mentionne, entre autres exemples, l'examen ou le traitement médical dans un cabinet médical au moyen d'équipements électroniques, la consultation d'un catalogue électronique dans un magasin en présence du client, la réservation d'un billet d'avion via un réseau d'ordinateurs dans une agence de voyage en présence physique du client (autre chose serait la consultation du catalogue électronique ou la réservation du billet d'avion sur le site web de l'agence, par un internaute, à partir de son terminal d'ordinateur). Enfin, on se borne à relever que l'expression « à la demande individuelle d'un destinataire du service » tend à englober tous les services transmis « de point à point », telle la vidéo à la demande, et à exclure, au contraire, les services transmis « de point à multipoint », telles la télévision, la radiodiffusion ou encore la quasi-vidéo à la demande...

En définitive, les services de la société de l'information couvrent des activités aussi diverses que la vente de biens en ligne via des sites de commerce électronique, les moteurs et annuaires de recherche, les services d'accès à l'internet et d'hébergement de sites web, les services d'archivage,

6. Par exemple, la vente en ligne de produits livrés à domicile. De même, le libraire qui, parallèlement à son activité traditionnelle, développe un site sur lequel il propose la vente de livres; l'agence de voyages permettant à la fois la réservation de billets en ligne et dans ses locaux; etc.

7. Par exemple, les distributeurs de billets de banque, les services d'accès à des réseaux payants (autoroutes, parkings...). Sont en revanche couverts par la notion de S.S.I. les activités de chargement d'une carte Proton ou de *net banking*... (exposé des motifs de la loi, *op. cit.*, p. 15).

d'horodatage ou de recommandé électroniques, les services de certification (de clés, de signatures...), les musées virtuels, les services financiers offerts en ligne, les jeux en ligne, les journaux en ligne... Cela étant, en pratique, la mise en œuvre des critères sommairement analysés n'est pas toujours aisée. Des hésitations sont permises et des discussions ne manqueront pas de s'élever à propos de tel ou tel service.

Etroitement liées à celle de S.S.I., les notions de « prestataire » et de « destinataire du service » sont nouvelles dans notre droit et définies de façon large, respectivement comme « toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information » (art. 2, 3°) et « toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible »⁸ (art. 2, 5°). La première définition vise notamment les commerçants en ligne, les titulaires de professions libérales, les fournisseurs d'accès à l'internet, les prestataires d'hébergement ou de services d'annuaire ou moteur de recherche, etc. On remarque que la seconde définition vise celui qui utilise un S.S.I. non seulement à titre professionnel, mais aussi à titre de « consommateur ». Cette dernière notion est définie par la loi comme « toute personne physique qui acquiert ou utilise des biens ou des services à des fins excluant tout caractère professionnel » (art. 2, 6°).

Cette brève analyse des définitions essentielles contenues dans la loi suffit pour illustrer l'ampleur de son champ d'application, même si elle ne porte – comme l'indique son intitulé – que sur « certains aspects juridiques des services de la société de l'information »⁹. Ainsi, son domaine *ratione personae* est plus vaste que celui de la loi sur les pratiques du commerce (L.P.C.C.¹⁰) puisqu'à la différence de cette dernière, la nouvelle loi vise tant le commerce B to C que B to B, mais également les titulaires de professions libérales dans la mesure où ils proposent des S.S.I. En ce qui concerne son domaine matériel, la loi apparaît aussi ambitieuse qu'hétéroclite. Tandis que la section « Des contrats à distance » de la L.P.C.C. se focalise sur la conclusion d'un contrat moyennant l'utilisation d'une technique de communication à distance¹¹, la nouvelle loi s'applique indépendamment de l'existence d'un contrat et régit une grande diversité de matières en rapport avec l'utilisation des réseaux numériques.

Ainsi, la loi oblige tout prestataire à rendre accessible une série d'informations concernant son identité et ses activités, ou visant à assurer la transparence du processus contractuel (art. 7 à 12). Ces informations s'ajoutent à celles que le prestataire est déjà tenu de fournir en vertu du droit commun ou de législations particulières (L.P.C.C., loi sur le crédit à la consommation...). En amont, la loi soumet toutes les formes de publicité sur le net – banniè-

8. Ainsi, s'agissant d'un service de petites annonces sur un portail, est considéré comme destinataire du service aussi bien celui qui poste une annonce que celui qui consulte le service ; s'agissant de l'envoi de publicités par une firme de cybermarketing, sont destinataires du service aussi bien l'entreprise pour le compte de laquelle est réalisée la campagne de marketing par courrier électronique que les personnes auxquelles s'adressent les publicités.

9. Conformément aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, les mesures prévues par la directive se limitent strictement à « certaines questions spécifiques qui soulèvent des problèmes pour le marché intérieur » (cf. art. 1, 2, et les considérants n° 6 et n° 10) et, ajoutera-t-on, à propos desquelles un compromis apparaissait possible. Par ailleurs, plusieurs domaines et questions sont expressément exclus du champ d'application de la loi : la fiscalité, la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, le droit des ententes, les activités de notaire, la représentation d'un client et la défense de ses intérêts devant les tribunaux, ainsi que les jeux d'argent (voy. l'art. 3).

10. Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

11. Quelle qu'elle soit : courrier postal, téléphone, fax, courrier électronique...

res, messages interstitiels, pop-up, etc. – à un principe d'identification (art. 13, 1°), d'une part, de transparence et de loyauté, d'autre part (art. 13, 2° à 4°). Ces nouvelles exigences s'ajoutent, elles aussi, aux principes et règles posés dans les articles 23 et suivants de la L.P.C.C. (interdiction de la publicité trompeuse, dénigrante ou prêtant à confusion¹², réglementation de la publicité comparative...)¹³ ou, le cas échéant, dans certaines réglementations particulières (alcool, tabac, médicaments ; publicité dans le cadre de certaines professions libérales¹⁴...). La loi prévoit, en outre, certaines règles additionnelles concernant les publicités envoyées par courrier électronique (art. 2, 2° et 7° ; art. 14)¹⁵. Par ailleurs, on signale encore que la loi transpose presque littéralement la section 4 de la directive, en prévoyant des exonérations de responsabilité au profit d'une série d'activités assurées par les prestataires intermédiaires sur les réseaux (art. 18 à 21). Enfin, conformément aux articles 18, § 1^{er}, et 20 de la directive sur le commerce électronique, la loi prévoit un certain nombre de recours juridictionnels, de mesures de contrôle et de sanctions permettant d'assurer la mise en œuvre effective et le respect des nouvelles dispositions. A cet égard, la loi s'inspire largement des chapitres VIII à XI de la L.P.C.C. : action en cessation spécifique, formée et instruite selon les formes du référé ; procédure d'avertissement ; pouvoirs attribués à des agents du ministère des Affaires économiques pour rechercher et constater les infractions à la loi¹⁶ ; possibilité

de transaction et sanctions pénales (art. 22 à 27 de la loi et art. 3 à 5 de la loi « article »).

Dans le cadre de cette brève étude, il n'est naturellement pas possible de commenter par le menu tous les aspects de la loi¹⁷. Aussi avons-nous préféré nous concentrer sur trois questions, choisies pour leur caractère particulièrement controversé ou délicat.

La première concerne les articles 5 et 6 de la loi, qui visent à transcrire la fameuse « clause de marché intérieur » déposée dans l'article 3 de la directive sur le commerce électronique. Fruit d'un compromis difficile, la rédaction de cette disposition n'est pas des plus limpides, comme en témoignent les divergences d'interprétation auxquelles elle a donné lieu et que l'on retrouve dans la formulation prudente autant qu'ambiguë de l'article 5 de la loi.

Le deuxième thème concerne le régime des publicités envoyées par courrier électronique (art. 14 de la loi). Ici, le débat fait apparaître un conflit d'intérêts entre, d'une part, les professionnels du marketing direct et plus largement les entreprises soucieuses de pouvoir recourir à ce mode de promotion – simple, efficace et peu coûteux – d'autre part, et les usagers des réseaux et fournisseurs d'accès à ceux-ci, sensibles aux divers inconvénients suscités par l'afflux de messages non sollicités et au respect de la vie privée face à des modes peu transpa-

12. Art. 23 de la L.P.C.C.

13. Art. 23, 7°, et art. 23bis de la L.P.C.C.

14. A ce propos, voy. les articles 2 (8° et 9°) et 15 de la loi, ainsi que la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, M.B., 20 nov. 2002.

15. Voy. aussi l'arrêté royal du 4 avril 2003 (pris en exécution de l'article 14 de la loi) visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique, M.B., 28 mai 2003, p. 29292.

16. Voy. aussi l'arrêté ministériel du 4 avril 2003 (pris en exécution de l'article 23 de la loi) désignant les agents chargés de rechercher et de constater les infractions à la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, M.B., 15 avril 2003, p. 18787.

17. Pour un commentaire plus complet, voy. notre article au J.T., non encore publié au moment où nous écrivons ces lignes.

rents de collecte de leurs données à caractère personnel.

Le troisième thème concerne le traitement des multiples exigences d'ordre formel présentes dans notre droit, qui constituent des obstacles à la conclu-

sion de contrats par voie électronique. La réforme exigée à cet égard par l'article 9 de la directive sur le commerce électronique apparaît particulièrement délicate sur le plan de la technique juridique (cf. les art. 16 et 17 de la loi).

Zoom 1 : la mise en œuvre de la clause de marché intérieur

L'article 5 de la loi est libellé comme suit :

« La fourniture de services de la société de l'information par un prestataire établi sur le territoire belge doit être conforme aux exigences applicables en Belgique.

La libre circulation, sur le territoire belge, des services de la société de l'information fournis par un prestataire établi dans un autre Etat membre de l'Union européenne n'est pas restreinte en raison des exigences applicables en Belgique ou dans d'autres pays.

Les alinéas 1^{er} et 2 visent les exigences, spécifiques ou générales, relatives aux services de la société de l'information et aux prestataires de ces services. Ils ne visent pas les exigences relatives aux biens en tant que tels, à leur livraison physique ou aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique ».

Cette rédaction pour le moins obscure n'est pas due au hasard, à l'incompétence ou à la précipitation du législateur belge. Nous sommes portés à croire que celui-ci a choisi délibérément une formule prudente, en son

imprécision, pour éviter de prendre parti dans l'importante controverse suscitée par l'article 3 de la directive sur le commerce électronique.

1. Principe et dérogations

Pour saisir les enjeux de la question et les zones de non-dit de l'article 5, il convient de rappeler brièvement le contexte de l'adoption de la directive et surtout les discussions qui ont entouré la rédaction de son article 3.

La directive sur le commerce électronique poursuit principalement deux objectifs¹⁸ : d'une part, créer une confiance durable des milieux d'affaires et des consommateurs vis-à-vis du commerce électronique, d'autre part, assurer aux utilisateurs des S.S.I. le libre accès au marché unique. Afin de décloisonner le marché intérieur des S.S.I., il convenait de lever les incertitudes affectant le cadre juridique existant, dans la mesure où elles imposaient aux opérateurs souhaitant offrir pareils services d'importants investissements en termes d'évaluation juridique de l'activité envisagée au regard du droit de chaque Etat membre¹⁹. Aussi le législateur européen a-t-il veillé à har-

18. « Une initiative européenne dans le domaine du commerce électronique », communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, 15 avril 1997, COM (1997) 157 final, pp. 21-23.

19. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, 18 nov. 1998, COM (1998) 586 final, exposé des motifs, pp. 7-10.

moniser, sur certains points jugés prioritaires, le droit des Etats membres. Dans ce contexte, l'objectif de la clause de marché intérieur est précisément de favoriser l'émergence d'un marché unique – décloisonné et sûr – des services de la société de l'information. Idéalement, une entreprise établie à Namur doit pouvoir faire du commerce avec des clients à Berlin, Milan, Madrid, Marseille, etc., exactement dans les mêmes conditions qu'à l'égard de clients à Anvers ou Arlon : « le marché intérieur devrait être pour elle son marché domestique »²⁰.

Cet idéal eût été illusoire si les prestataires de services établis dans un Etat avaient été soumis à des contrôles et aux exigences légales prévus dans les autres Etats où ils projettent de s'établir ou de fournir des services.

D'où le principe suivant lequel l'activité d'un prestataire de S.S.I. est normalement soumise, sauf exceptions, à la « loi du pays d'origine », et ce, quelle que soit l'étendue géographique de son activité (locale, nationale, transfrontalière ou paneuropéenne). Plus précisément, les S.S.I. sont soumis, en principe, non seulement aux seules exigences légales du pays où le prestataire est établi, mais aussi au contrôle exclusif par les autorités de cet Etat d'origine. Ce principe trouve sa traduction dans l'alinéa 1^{er} de l'article 5 de la loi. Il est complété par le principe de reconnaissance mutuelle – visé à l'alinéa 2 de l'article 5 – en vertu duquel les Etats sont voués à se faire mutuellement confiance, c'est-à-dire à reconnaître les contrôles effectués par les Etats d'origine ; il s'en suit que les Etats de destination ne peuvent apporter aucune restriction à la libre circulation des services, qui serait déduite

d'exigences prescrites par leur propre droit national.

L'alinéa 3 de l'article 5 vise à circonscrire le champ d'application du principe du pays d'origine, en limitant la portée de celui-ci aux exigences spécifiques ou générales relatives aux S.S.I. et aux prestataires de ces services. Ledit principe n'est donc pas de mise en ce qui concerne les exigences relatives aux biens en tant que tels, à leur livraison physique ou aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique.

Cette disposition constitue la traduction en droit interne de l'article 2, h, de la directive, relatif à la définition du « domaine coordonné ». Cette notion – préférée à celle, plus usuelle en droit européen, de domaine harmonisé – est vivement discutée²¹. Dans la directive sur le commerce électronique, le domaine coordonné a été défini de manière particulièrement large à dessein d'étendre autant que possible la portée du principe du pays d'origine, de manière à éviter qu'un Etat membre puisse se fonder sur des pans non harmonisés de sa législation nationale pour entraver la liberté de prestation des S.S.I. Effectivement, le domaine coordonné paraît couvrir l'ensemble du droit du pays d'origine du prestataire de services, non seulement les dispositions spéciales relatives aux S.S.I., mais aussi les règles générales qui leur sont applicables, et ce, quelle que soit la branche du droit concernée. De plus, sont incluses dans le domaine coordonné aussi bien les exigences relatives à l'accès à l'activité que celles relatives à l'exercice de l'activité. C'est dire l'ampleur du domaine coordonné et, partant, la portée extrêmement large

20. E. CRABIT, « La directive sur le commerce électronique - Le projet "Méditerranée" », *Revue du droit de l'Union européenne*, 4/2000, p. 757.

21. Pour une critique, voy. O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, L.G.D.J., 2002, spéc. pp. 103 à 107, n^{os} 166 à 168.

de la loi du pays d'origine. Il s'agit là d'une originalité certaine de la directive sur le commerce électronique.

L'article 5 de la loi souffre néanmoins deux types de dérogations.

Tout d'abord, conformément à l'article 3, § 3, et à l'annexe de la directive, l'article 6 de la loi énumère une série de dérogations générales. Cette disposition reprend les domaines visés à l'annexe de la directive, qui ont été soustraits au principe du pays d'origine pour des motifs divers : en raison du degré insuffisant d'intégration communautaire ou pour éviter des interférences avec certains instruments communautaires existants ou encore pour des raisons de sensibilité politique. Il s'agit, notamment, de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat et des obligations contractuelles dans les contrats conclus avec des consommateurs.

Par ailleurs, l'article 2 de la loi adoptée sur la base de l'article 77 de la Constitution consacre la possibilité pour l'Etat belge de procéder à des dérogations particulières, au cas par cas, afin de préserver certains objectifs liés à l'intérêt général²². Cette disposition fait écho à la jurisprudence de la Cour de justice dont il ressort qu'un certain nombre de raisons impérieuses d'intérêt général permettent de justifier des restrictions à l'exercice de la liberté de prestation de services²³. Toutefois, suivant une autre originalité de la direc-

tive, la loi enferme dans des limites strictes les dérogations particulières à l'article 5 de la loi, réduisant ainsi la marge de manœuvre de l'Etat de destination²⁴. Les mesures spécifiques que ce dernier peut prendre en vue de restreindre la libre circulation d'un service donné provenant d'un autre Etat membre doivent être nécessaires pour une des seules raisons suivantes : l'ordre public, la protection de la santé publique, la sécurité publique et la protection des consommateurs (y compris des investisseurs)²⁵. Enfin, conformément à une nouvelle originalité de la directive, les mesures dérogatoires ainsi adoptées doivent obéir à plusieurs conditions de procédure, qui consacrent une obligation de coopération entre l'Etat d'origine et l'Etat de destination, ainsi qu'un pouvoir de contrôle de la Commission européenne (cf. l'art. 2, §§ 3 à 5 de la loi « article 77 »).

2. Une interprétation très controversée

Comme on l'aura compris, en raison de son libellé obscur, l'article 5 de la loi prête à de multiples controverses liées à son interprétation, à l'image de celles suscitées par l'article 3 de la directive. Est particulièrement discutée la question de l'incidence du principe du pays d'origine sur les règles de droit international privé relatives à la résolution des conflits de loi²⁶. A cet égard, sans vouloir restituer toutes les nuances du débat, on retiendra que deux inter-

22. On peut en outre observer que le législateur belge est allé au-delà d'une simple transposition des §§ 4 à 6 de l'article 3 de la directive, en octroyant une nouvelle compétence au juge d'instruction ; celui-ci est autorisé, par ordonnance motivée, à enjoindre aux prestataires de prendre les mesures techniques nécessaires à l'encontre d'un service émanant d'un autre Etat membre qui mettrait en péril les objectifs d'intérêt général susmentionnés.

23. Sur la mise en œuvre du test d'admissibilité des entraves – tirées de règles nationales – à la libre circulation des services, voy., parmi d'autres, M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 183 et s.

24. A cet égard, la directive sur le commerce électronique est également critiquée pour contrariété à la jurisprudence de la Cour de justice. Cf., par ex., O. CACHARD, *op. cit.*, spéc. pp. 104-107, n^{os} 167-168.

25. En outre, elles doivent satisfaire aux autres conditions de fond précisées à l'article 2, § 2, de la loi « article 77 ».

26. Il est unanimement admis que l'article 3 de la directive – et, partant, l'article 5 de la loi – ne traite pas de la compétence des juridictions.

prétations principales ont été avancées²⁷.

Pour les uns, la clause de marché intérieur constitue un simple rappel des principes relatifs à la libre circulation des services et à la reconnaissance mutuelle. Selon cette approche, l'article 3 de la directive sur le commerce électronique n'écarterait nullement les règles de droit international privé ; il viserait plutôt à définir les limites de l'intervention de contrôle des États membres, et concernerait dès lors essentiellement des aspects de droit public. Cette interprétation paraît pouvoir s'autoriser de la disposition de l'article 1^{er}, § 4, de la directive qui précise que « la présente directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions », ce qui semble indiquer que la directive ne se prononce pas sur la loi applicable aux prestations de services de la société de l'information.

Pour d'autres, la clause de marché intérieur prescrit l'application de la législation du pays d'origine du prestataire de services pour l'accès et l'exercice de son activité en ligne. Les règles de conflits de lois traditionnelles seraient dès lors écartées, sauf dans le contexte des dérogations générales énumérées dans l'annexe de la directive (et reprises à l'article 6 de la loi). Cette thèse connaît diverses nuances. Suivant une opinion, il y a lieu de se

référer à la loi du pays d'origine pour toutes les questions entrant dans le domaine coordonné de la directive²⁸. Suivant une autre opinion, la portée de la loi du pays d'origine est limitée aux questions harmonisées par la directive²⁹.

Quoi qu'il en soit, divers arguments peuvent être invoqués à l'appui de la thèse admettant la primauté de la clause de marché intérieur sur les règles conventionnelles de droit international privé (on songe surtout à celles contenues dans la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles).

Le premier est lié à la cohérence d'ensemble de la directive. Les dérogations prévues dans l'annexe de la directive s'expliquent difficilement si l'on refuse d'admettre que la clause de marché intérieur prévaut sur les règles traditionnelles de rattachement. Un deuxième argument peut être tiré de l'évolution qu'a subie, au cours des travaux préparatoires de la directive, la définition du « domaine coordonné », qui détermine le champ d'application de la clause de marché intérieur. L'énumération contenue dans l'article 2, h, en sa dernière mouture, suggère une application large de la loi du pays d'origine, y compris en matière de droit privé, dans les rapports entre particuliers. Par ailleurs, les travaux préparatoires de la directive, au-delà des hésitations qu'ils révèlent, semblent

27. J.-S. BERGÉ, « La résolution des conflits de lois », *Droit de l'internet : approches européennes et internationales*, colloque à l'Assemblée nationale, Paris, 19-20 novembre 2001, disponible sur http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Berge_Js.pdf ; A. CRUQUENAIRE (avec la collaboration de C. LAZARO), « La clause de marché intérieur : clef de voûte de la directive sur le commerce électronique », in E. MONTERO (sous la dir. de), *Le commerce électronique européen sur les rails ?...*, op. cit., pp. 41-94 ; S. FRANCO, « Internet : un monde sans frontière ? La loi applicable aux contrats conclus sur Internet », *Revue Ubiquité*, 7/2000, pp. 47-69 ; M. FALLON et S. FRANCO, « Perspectives de réforme du droit international privé dans le cyberspace », in K. BYTTEBIER, R. FELTKAMP et E. JANSSENS (éds), *Internet & Recht*, Anvers, Maklu, 2001, pp. 255-279 ; E. CRABIT, op. cit., pp. 789-799 ; E. CRABIT, « L'univers de la directive sur le commerce électronique », contribution au colloque *L'internet et le droit*, Université de Paris I, 25-26 septembre 2000, pp. 4 et s.
28. A l'appui de cette thèse, on fait valoir que l'article 3, § 1^{er}, de la directive serait une règle d'applicabilité, tandis que l'article 1^{er}, § 4, ne viserait que les règles de rattachement traditionnelles. En ce sens, notamment, A. CRUQUENAIRE (avec la collaboration de C. LAZARO), op. cit., p. 50, n° 91 ; S. FRANCO et M. FALLON, op. cit., spéc. p. 266, n° 49 ; E. CRABIT, « L'univers de la directive sur le commerce électronique », précité.
29. S. FRANCO, op. cit., pp. 64-67. Comp. J.-S. BERGÉ, op. cit., précité.

indiquer, au final, une volonté des différentes instances communautaires d'accorder une portée large à la clause de marché intérieur et de faire prévaloir celle-ci sur le droit international privé conventionnel³⁰.

L'interprétation favorable à une portée large de la clause de marché intérieur offre une plus grande sécurité juridique aux opérateurs économiques désireux de se lancer dans le commerce électronique puisqu'elle leur permet de fournir des services de la société de l'information dans l'ensemble de l'Union européenne sans autre contrainte juridique que le respect du droit de leur Etat d'établissement. Ainsi comprise, la clause de marché intérieur permet aux prestataires de services de la société de l'information d'agir dans un cadre juridique clair et familier ; elle les dispense de connaître et de se conformer à l'ensemble des législations européennes³¹. Du reste, la clause de marché intérieur est affectée d'une série de dérogations générales visant à préserver les règles de droit international privé existantes

(notamment en matière d'obligations contractuelles dans les contrats conclus avec les consommateurs).

Toujours est-il que, serrant de près le texte – ambigu – de la directive, l'article 5 de la loi est rédigé en des termes équivoques, d'interprétation difficile. Particulièrement laconique sur ce point, l'exposé des motifs n'est malheureusement d'aucun secours : on est bien en peine d'y trouver quelque indication utile sur la manière d'interpréter l'article 5. Manifestement, plutôt que d'adopter un texte clair mais éventuellement non conforme au droit communautaire, le législateur belge a préféré un texte ambigu, en renvoyant, au besoin, à l'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes qui peut être saisie par voie de questions préjudicielles. En attendant, il va sans dire que cette position apparemment prudente n'est pas du goût des opérateurs économiques qui ont besoin de réponses précises et d'un cadre juridique assuré pour pouvoir entreprendre et investir.

Zoom 2 : le régime des publicités envoyées par courrier électronique

La question de l'envoi de publicités non sollicitées par courrier électronique a fait l'objet de longues tergiversations au niveau européen, les solutions proposées oscillant entre l'opt-in (interdic-

tion de principe d'envoyer des publicités non sollicitées sans le consentement préalable du destinataire) et l'opt-out (autorisation de principe, à moins d'une opposition expresse du destina-

30. L'évolution en ce sens des intentions du législateur européen apparaît nettement dans la recommandation pour la deuxième lecture de la Commission juridique et du marché intérieur du Parlement européen : « (...) Comme le demandait le Parlement, la position commune ne laisse plus de doute sur la primauté de la directive sur le droit international privé puisqu'elle prévoit que, même si cette directive ne constitue pas en tant que telle une règle additionnelle de droit international privé, l'application de ce dernier ne doit pas avoir pour effet de restreindre la libre circulation des services de la société de l'information telle que prévue dans la directive. L'article 3 s'applique en effet dans tous les domaines du droit national, y compris le droit privé (sauf pour les questions visées à l'annexe). (...) » (souligné par nous).

31. Par exemple, un prestataire établi en Belgique sait que, pour l'ensemble de ses services – qu'ils soient fournis sur le territoire national ou partout ailleurs dans l'Union européenne – il sera contrôlé par les autorités publiques belges sur la base du droit belge ; et qu'il doit se conformer aux règles de concurrence ou de publicité du droit belge ; et qu'un éventuel litige concernant l'(in)exécution d'un contrat sera apprécié en fonction du droit belge...

taire)³². Etant donné que la directive sur le commerce électronique laissait le choix aux Etats membres entre l'un ou l'autre système, le législateur belge a dès le départ opté pour un régime d'opt-in³³. Bien lui en a pris, puisqu'il a ensuite été conforté dans son choix par la récente directive « vie privée et communications électroniques »³⁴, qui a finalement abouti à un compromis, sous la forme d'un régime de soft opt-in (soit un régime d'interdiction de principe sauf exceptions).

C'est pourquoi l'article 14 de la loi prévoit que, d'une part, l'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages, d'autre part, le Roi peut apporter des exceptions à cette interdiction (§ 1^{er}). En tout état de cause, un droit d'opposition est garanti au destinataire du message publicitaire (§ 2). Pour compléter le tableau, un certain nombre de pratiques déloyales propres aux spammeurs sont interdites, telles que l'usurpation d'identité ou d'adresses e-mail, ainsi que la falsification des en-têtes de messages de courrier électronique (§ 3). Enfin, en cas de litige, la preuve de l'obtention du consentement préalable devra être apportée par le prestataire (§ 4).

Le nouveau dispositif mis en place s'applique à l'envoi de publicités par courrier électronique, entendu comme « tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui

peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère » (art. 2, 2°, de la loi). Selon l'exposé des motifs de la loi, cette définition très large, reprise de la directive « Vie privée et communications électroniques », vise également les SMS, l'utilisation du chat, de la vidéoconférence, de la téléphonie vocale sur l'internet, voire les messages laissés sur répondeurs téléphoniques ou sur boîtes vocales de GSM !³⁵

1. Nécessité d'un consentement préalable, libre, spécifique et informé

Soulignons d'emblée que le régime d'opt-in instauré par l'article 14, § 1^{er}, de la loi vient s'ajouter aux dispositions légales et réglementaires protectrices de la vie privée, qui doivent être intégralement respectées. En effet, la législation relative à la protection de la vie privée a un champ d'application horizontal et s'applique à tous les secteurs d'activités, y compris au traitement de données à des fins de marketing direct. L'article 14 fixe des exigences supplémentaires, afin de s'assurer de la qualité du consentement recueilli auprès de la personne concernée pour l'envoi de publicités par courrier électronique. Dès lors, quand un prestataire collecte des adresses électroniques à des fins de marketing direct, il doit impérativement obtenir le consentement préalable, libre, spécifique et informé de la personne concernée. Il ne peut plus se passer de ce consentement en invoquant la réalisation d'un intérêt légi-

32. Pour un aperçu des différentes positions retenues par le législateur européen et les Etats membres, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Les affres du spamming, entre protection de la vie privée et liberté du commerce », in E. MONTERO (dir.), *Le commerce électronique européen sur les rails ?...*, op. cit., pp. 144 et s.

33. Voy. l'art. 15 de l'avant-projet de loi portant sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/1, p. 67.

34. Voy. l'art. 13 de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.C.E.*, n° L 201 du 31 juillet 2002, p. 37.

35. Voy. le commentaire de l'article 2, 2°, du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, exposé des motifs, op. cit., p. 17.

time, mis en balance avec l'intérêt, les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée (article 5, f, de la loi relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel)³⁶.

Pour être valable, le consentement donné doit d'abord être libre, c'est-à-dire obtenu en dehors de toute pression. Aucun traitement discriminatoire ne peut être appliqué en cas de refus de la personne concernée³⁷. Le consentement doit en outre être spécifique et porter sur des traitements précisément définis, réalisés par des responsables déterminés et pour des finalités particulières. Ainsi, le consentement à recevoir des publicités par courrier électronique, donné à un prestataire déterminé, ne vaut qu'à l'égard de ce prestataire. Le prestataire ne pourra transmettre ces données à des tiers que si la personne concernée y a expressément consenti. Enfin, la personne doit être correctement informée, conformément à l'article 9 de la loi « vie privée », pour pouvoir consentir spécifiquement à recevoir des publicités par courrier électronique. A cet égard, il doit être clair que la collecte est effectuée à des fins de marketing direct. De même, le cas échéant, la personne concernée doit savoir si ses données seront transmises à des tiers, à des fins de marketing, pour pouvoir y consentir en connaissance de cause.

Dans le respect de ces conditions et des dispositions protectrices de la vie privée, les prestataires sont libres d'obtenir le consentement des personnes concernées par tout moyen approprié.

Selon une pratique déjà courante, le consentement pourra valablement être recueilli via un formulaire électronique contenant une case à cocher face à une mention marquant un accord à recevoir des courriels publicitaires. Mais il n'est pas requis que le consentement soit écrit : il pourra aussi bien être obtenu oralement, par exemple à l'occasion d'un démarchage téléphonique du prestataire.

Quoi qu'il en soit, s'il n'y a pas d'obligation de se constituer un écrit pour que le consentement soit valablement recueilli, cet écrit sera bien utile au prestataire, puisque la preuve du caractère sollicité des publicités par courrier électronique lui incombe, en vertu de l'article 14, § 4, de la loi³⁸.

Le consentement ne doit pas davantage être exprès, pourvu qu'il soit induit. Néanmoins, il convient d'envisager la possibilité d'un consentement implicite avec la plus grande prudence. Il va de soi que le prestataire ne peut recourir à des manœuvres déloyales ou peu transparentes en vue d'obtenir un consentement à l'insu de la personne concernée³⁹. Le consentement en question serait davantage inconscient

36. Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, M.B., 18 mars 1993, modifiée par la loi du 11 décembre 1998 transposant la directive du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, M.B., 3 févr. 1999 (ci-après, loi « vie privée »).

37. Concernant les difficultés que peut soulever l'appréciation d'une telle condition, voy. M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU et Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire », *J.T.D.E.*, 1997, p. 127, n° 20 ; T. LÉONARD et Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution - La loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/C.E. du 24 octobre 1995 », *J.T.*, 1999, p. 380, n° 7.

38. Ce texte n'exige cependant pas que la preuve soit littérale.

39. On songe notamment à la fameuse technique des cases précochées en face de la mention « Oui, j'accepte de recevoir des publicités par courrier électronique ». On pourrait déduire un consentement implicite du fait que l'internaute n'a pas décoché cette case... à moins qu'il ne l'ait simplement pas vue, dissimulée qu'elle était en bas du formulaire électronique ! Par ailleurs, certains prestataires proposent sur l'internet un service, un jeu, un concours gratuit, moyennant la fourniture de données à caractère personnel par l'utilisateur. Ainsi, le fait que le destinataire utilise le service marquerait son consentement implicite à recevoir en conséquence des courriels publicitaires. En tout cas, ce consentement doit être libre, spécifique, informé et respectueux des législations protectrices de la vie privée, ce qui suppose notamment que le responsable du traitement informe clairement le destinataire que l'utilisation de ce service est conditionnée par la fourniture de données personnelles, à des fins de marketing direct.

qu'implicite et ne saurait être valable. En dehors de ces pratiques douteuses, il est cependant des cas où une personne adopte un comportement tel que l'on pourrait en déduire l'expression d'un consentement tacite à recevoir des publicités par courrier électronique. L'on songe, par exemple, à l'hypothèse où une personne s'adresse directement au prestataire par voie électronique pour obtenir diverses informations, ou lui remet sa carte de visite lors d'une rencontre. Néanmoins, à l'instar du silence, il nous semble que la démarche réalisée par l'internaute doit être « circonstanciée » pour qu'on puisse en déduire l'existence d'un tel consentement et apprécier sa portée⁴⁰. A nouveau, le problème posé est essentiellement lié à la preuve du consentement, non à sa validité.

Quant à la possibilité de solliciter le consentement du destinataire par courrier électronique, l'exposé des motifs de la loi l'écarte catégoriquement : « Vu la philosophie et les objectifs qui sous-tendent l'opt-in, il ne serait guère admissible que le consentement à recevoir des publicités par e-mail soit demandé par e-mail. Une telle pratique s'apparenterait à du spamming. L'accord devra donc être obtenu par d'autres moyens, moins intrusifs et suscitant davantage la confiance »⁴¹. Certes, sur un plan théorique, il était envisageable que le courrier électronique sollicitant le consentement revête un caractère strictement objectif, dépourvu de tout message promotionnel. Toutefois, on pouvait craindre qu'une telle possibilité soit rapidement détournée et que, sous prétexte de demander le consentement, l'annonceur ne glisse dans son message des éléments

à caractère promotionnel. On se trouverait alors face à une publicité déguisée et non sollicitée, mettant ainsi à mal tout le régime établi.

2. Exceptions au principe du consentement préalable

L'interdiction d'envoyer des publicités non sollicitées par courrier électronique est tempérée par deux exceptions, apportées par le Roi⁴² en conformité à la directive « vie privée et communications électroniques ».

En vertu de la première exception, le prestataire est dispensé de solliciter le consentement préalable lorsqu'il a obtenu l'adresse de courrier électronique directement auprès de ses clients dans le cadre de l'achat d'un produit ou d'un service, dans le respect des dispositions protectrices de la vie privée (art. 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal). Il peut alors utiliser cette adresse pour faire parvenir à son client des publicités, à condition que ces dernières concernent des produits ou services analogues que lui-même fournit. Il ne lui est donc pas permis de transmettre cette adresse à des tiers ou de faire de la publicité pour d'autres produits ou services sans le consentement préalable de la personne concernée. A cet égard, selon le rapport au Roi, sont considérés comme des tiers les entreprises appartenant au même groupe de société que le prestataire (filiales, sociétés sœurs, sociétés mères...) étant donné qu'il s'agit de personnes juridiques différentes. Quant à la notion de produits analogues, elle semble pour l'heure assez floue et soulève d'ores et déjà de nombreuses

40. De manière générale, la principale difficulté pouvant se poser en présence d'un consentement implicite ou tacite est « de savoir si, à raison du caractère imprécis de cette manifestation, il y a réellement eu volonté. Mais nonobstant cette difficulté, le mode tacite de manifestation de volonté est valable, dès l'instant où il est certain qu'il y a eu volonté » (H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^e éd., p. 528, n° 523).

41. Voy. le commentaire de l'article 15 du projet de loi (devenu l'article 14 de la loi) sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *op. cit.*, p. 38.

42. Arrêté royal du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique, *M.B.*, 28 mai 2003 (ci-après, « l'arrêté royal »).

questions. Tout en pointant ces difficultés, le rapport au Roi se limite prudemment à considérer comme analogues les produits ou services appartenant à la même catégorie, dans l'attente qu'une interprétation se développe progressivement au niveau européen⁴³. Enfin, si le consentement préalable de la personne concernée ne doit pas être obtenu, le prestataire doit néanmoins lui permettre d'exercer son droit d'opposition, sans frais et de manière simple, au moment où ses coordonnées électroniques sont recueillies.

Une seconde exception concerne l'envoi de publicités non sollicitées par courrier électronique à des personnes morales (art. 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal)⁴⁴. Dans cette hypothèse, il n'est pas nécessaire d'obtenir de consentement préalable lorsque les coordonnées électroniques utilisées sont impersonnelles, mais la personne morale dispose en tout état de cause d'un droit d'opposition. Sont essentiellement visées par l'exception les adresses de courrier électronique permettant d'entrer en contact avec une personne morale ou certains de ses services ou branches d'activité, comme par exemple les adresses du type info@..., contact@..., etc. Par contre, le rapport au Roi précise que les adresses de courrier électronique attribuées personnellement à chacun de ses employés par la personne morale (du type nom.prenom@company.be) doivent être considérées comme des adresses de personnes physiques, qu'elles soient utilisées à des fins professionnelles ou privées. Le

consentement préalable de ces personnes est donc obligatoire pour que des publicités par courrier électronique puissent leur être adressées.

3. Maintien d'un droit d'opposition

Une fois le consentement obtenu conformément à l'article 14, § 1^{er}, il ne doit pas être demandé à nouveau lors de chaque envoi de publicités par courrier électronique. En effet, selon nous, le consentement obtenu vaut une fois pour toutes, dans les limites des finalités du traitement auxquelles la personne concernée a consenti. Toutefois, cette dernière a le droit de retirer son consentement à tout moment, en exerçant son droit d'opposition. Il en est ainsi non seulement lorsque le prestataire a préalablement obtenu son consentement, mais évidemment aussi lorsqu'il en est dispensé par application des exceptions.

L'article 14, § 2, oblige les prestataires à fournir une information claire et compréhensible concernant le droit de s'opposer, pour l'avenir, à recevoir de telles publicités. Il doit mettre à la disposition de la personne concernée un moyen approprié d'exercer efficacement ce droit par voie électronique (en répondant au message, en cliquant sur un hyperlien renvoyant au site du prestataire...).

L'article 2 de l'arrêté royal visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique détermine les mo-

43. Ainsi, le rapport au Roi précise que « par exemple – et, pour l'heure, à titre conjectural –, on pourrait considérer comme produits analogues les CD, les DVD, les cassettes vidéo et, éventuellement, les livres. De même, les assurances incendie et les assurances vie peuvent être considérées comme des produits analogues, appartenant à la catégorie des assurances. Toutefois, il ne sera pas toujours facile pour le prestataire de déterminer si deux produits ou services appartiennent à la même catégorie (ex. : une entreprise de banque-assurance autorisée à envoyer des publicités par courrier électronique pour des produits d'assurance peut-elle également adresser de semblables publicités pour des produits bancaires ?) ».

44. Si elle n'est pas expressément prévue par la directive « Vie privée et communications électroniques », une telle exception n'est pas interdite. En effet, l'article 13, § 5, de la directive précise que les Etats membres doivent veiller à ce que les intérêts légitimes des personnes morales soient suffisamment protégés en ce qui concerne les communications non sollicitées, sans exiger pour autant l'obtention d'un consentement préalable. Un régime d'opt-out à l'égard des personnes morales peut donc suffire à rencontrer cette exigence.

dalités selon lesquelles ce droit peut s'exercer. Il précise que le droit d'opposition est ouvert à toute personne (physique ou morale), sans frais ni indication de motifs. Lorsqu'un prestataire reçoit une telle notification, il est tenu d'envoyer à la personne concernée, dans un délai raisonnable et par courrier électronique, un accusé de réception lui confirmant l'enregistrement de sa demande. A partir de cet instant, il doit évidemment se conformer à la volonté de cette personne et cesser tout envoi de publicités à cette adresse. En outre, selon le rapport au Roi, si la personne avait consenti, à l'origine, à la transmission de ses données à des tiers, son adresse ne pourra plus être transmise après la noti-

fication. On relève que cette solution ne permet pas de rencontrer pleinement le souhait de la personne qui ne désirerait plus recevoir aucune publicité par courrier électronique, non seulement de la part du prestataire, mais aussi des tiers auxquels ce dernier aurait transmis ses données (avec son accord). A cet égard, l'arrêté royal fait l'impasse sur la mise en place d'un système centralisé d'opposition. Néanmoins, dans l'attente d'une éventuelle initiative du législateur en la matière, il est toujours possible de s'inscrire dans une des listes d'opposition existantes, telle la liste Robinson mise en place et gérée par l'Association Belge de Marketing Direct (A.B.M.D.).

Zoom 3 : le traitement des obstacles formels aux contrats par voie électronique

Comme chacun sait, l'on assiste depuis quelques années à une indéniable montée en puissance du formalisme contractuel. Dans nombre de lois récentes – spécialement en droit de la consommation et en droit du travail – les exigences de forme sont devenues un instrument privilégié de protection de la partie faible, que l'on entend garder du risque de s'engager à la légère.

Avec le développement des réseaux numériques et du commerce électronique, ces formalités, multiples et diversifiées quant à leur nature et à leurs objectifs, sont susceptibles de constituer autant d'obstacles à la conclusion de la plupart des contrats par voie électronique. A tout le moins créent-elles une grande insécurité juridique pour les

parties, dans la mesure où il n'est pas exclu qu'elles puissent faire l'objet d'une interprétation formaliste. Aussi l'intervention du législateur s'imposait-elle afin d'adapter notre système juridique à ce nouveau mode de contracter.

C'est dans cette optique que l'article 9 de la directive sur le commerce électronique oblige les Etats membres à ajuster leur législation dans la mesure où elle contient des exigences de forme⁴⁵. A cet égard, il ne s'agit pas de supprimer nécessairement ces dernières, mais de faire en sorte qu'elles puissent être satisfaites à l'aide d'équivalents électroniques⁴⁶. Ainsi que le précisent le considérant n° 34 et les travaux préparatoires de la directive⁴⁷, l'examen des législations nécessitant un

45. Pour une étude de cette disposition, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, « Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne », in *Le commerce électronique sur les rails ?...*, op. cit., pp. 199 et s.

46. Voy. le considérant n° 35 de la directive.

47. Voy. le commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 18 novembre 1998 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1998) 586 final, p. 26.

ajustement doit se faire de manière systématique et porter sur l'ensemble des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel. Bien que l'article 9, § 1^{er}, de la directive vise la « conclusion des contrats par voie électronique », sont en réalité concernées toutes les étapes du « processus contractuel », depuis la période pré-contractuelle, y compris la publicité, jusqu'à l'archivage, en passant par l'offre, l'exécution du contrat, sa modification, son enregistrement, etc.⁴⁸. En définitive, il s'agit de lever le moindre obstacle à l'automatisation complète du processus contractuel, afin d'éviter toute discrimination entre les « contrats papier » et les « contrats électroniques ».

1. Question de méthode

On peut avoir quelque difficulté à concevoir comment les effets juridiques attachés à l'écrit papier et aux formalités y associées – qui garantissent une expression correcte des volontés – pourraient être adéquatement restitués dans un univers dématérialisé, où l'information ne circule plus principalement sur un support matériel, mais sous la forme de signaux dépourvus de lien intrinsèque avec un support matériel stable.

L'ampleur de la tâche assignée aux Etats membres par l'article 9 de la directive laisse rêveur, en ce qu'elle suppose un examen minutieux et exhaustif de l'ensemble de notre législation. Néanmoins, il fallait s'y atteler.

L'approche consistant à adapter les textes légaux, disposition par disposition, aurait présenté l'avantage de permettre l'introduction de modifications

particulièrement appropriées en fonction des différentes formalités prescrites et des objectifs poursuivis par chacune d'entre elles.

Toutefois, pareille entreprise aurait nécessité un inventaire complet de l'ensemble des dispositions éparses dans notre arsenal législatif et réglementaire, ce qui représente une tâche considérable et fastidieuse, voire impossible dans le bref délai assigné pour la transposition de la directive. Sans compter le risque de manquer certaines dispositions. De plus, ce type d'approche n'était pas de nature à garantir la cohérence d'ensemble des modifications.

La méthode retenue à l'article 16 de la loi est autre⁴⁹. Dans ses deux premiers paragraphes, il est fait application de la théorie dite « des équivalents fonctionnels », par le biais d'une clause transversale générale et de trois clauses transversales particulières. Cette approche fonctionnelle repose sur une analyse des fonctions essentielles des exigences de forme traditionnelles, afin de reconnaître une même valeur juridique aux contrats conclus sur support papier et aux contrats conclus par voie électronique, pourvu que ces derniers assurent le respect de ces fonctions. Néanmoins, ces clauses ne permettent naturellement pas de lever tous les obstacles susceptibles de se poser. Il subsistera nécessairement, çà et là, des dispositions légales ou réglementaires entravant la conclusion de contrats électroniques. C'est pourquoi l'article 16 prévoit, en son paragraphe 3, une délégation au Roi pour adapter, au cas par cas, les dispositions non couvertes par les clauses transversales générale et particulières.

48. Le considérant n° 34 et le commentaire article par article de la directive sur le commerce électronique (*op. cit.*, p. 26) ne laissent planer aucun doute à cet égard.
49. Pour une étude détaillée de l'article 16 de la loi, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du C.R.I.D., n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 131-194.

Relevons encore que l'article 17 de la loi⁵⁰ écarte certains types de contrats du champ d'application de l'article 16. Il s'agit notamment des contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, des contrats requérant l'intervention d'un notaire, des contrats de sûretés ou encore des contrats relevant du droit de la famille ou des successions.

2. Une clause transversale à caractère général

L'article 16, § 1^{er}, introduit une première disposition à caractère général sur la notion d'exigence de forme au sens large, sans opérer à ce stade de distinction entre les multiples espèces de formalités. Il prévoit, à cet effet, que toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées.

Cette clause transversale générale constitue le cœur même du dispositif de l'article 16. Les trois clauses particulières n'en sont, en définitive, que des applications.

En présence d'une exigence de forme susceptible d'entraver la conclusion d'un contrat par voie électronique, il s'agit donc d'identifier quelles sont les « qualités fonctionnelles » de cette formalité pour vérifier ensuite si le pro-

cédé électronique entourant la conclusion du contrat permet de préserver ces qualités. Dans l'affirmative, la formalité est présumée satisfaite⁵¹.

Dans certains cas, le procédé utilisé peut simplement être l'équivalent électronique du procédé envisagé à l'origine par le législateur dans un contexte papier. Ainsi, les exigences relatives à la mise en forme de mentions obligatoires (en caractères gras, dans un cadre distinct, sous forme d'alinéas séparés...)⁵² devraient vraisemblablement être remplies sans grande difficulté dans l'environnement numérique, où les documents peuvent être présentés sous toutes les formes grâce aux logiciels de traitement de texte ou moyennant une certaine configuration, de manière à garantir que l'information n'échappe pas à l'attention du cocontractant.

Par contre, dans d'autres hypothèses, le moyen envisagé par le législateur est tel qu'il n'a pas de pendant électronique. Il en est ainsi, par exemple, de l'exigence de la mention : « Ne signez jamais un contrat non rempli » à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature⁵³. A notre avis, c'est précisément là que la clause transversale générale trouve toute sa signification. En effet, cette dernière invite à se détacher des moyens concrets envisagés par le législateur, pour ne s'attacher qu'à la fin poursuivie. En l'espèce, l'important n'est pas tant d'indiquer une mention informative que

50. Qui transpose fidèlement l'article 9, § 2, de la directive.

51. Pour des applications pratiques, voy. notre analyse des dispositions législatives et réglementaires de la compétence du ministre des Affaires économiques : M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne – Recommandations relatives à la mise en œuvre de l'article 17 du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information », rapport réalisé pour le ministère des Affaires économiques, 15 octobre 2002, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.droit.F.U.N.D.P.ac.be/Textes/formalisme.pdf>.

52. Voy., p. ex., l'article 79, § 1^{er}, de la L.P.C.C., l'article 14, § 4, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, M.B., 9 juillet 1991 ; l'article 7, § 1^{er}, *in fine*, de la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé (*timesharing*), M.B., 30 avril 1999 ; l'article 6, § 1^{er}, 6°, de la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial, M.B., 24 avril 1993.

53. Voy. l'article 14, § 4, 2°, de la loi relative au crédit à la consommation.

d'éviter un blanc-seing. Or, cette finalité peut être rencontrée électroniquement par d'autres moyens – parfois plus efficaces, d'ailleurs – tel le recours à un logiciel empêchant la signature électronique d'un contrat non rempli. Grâce à la clause transversale générale, les contrats conclus électroniquement avec de tels dispositifs de sécurité sont parfaitement valables à cet égard.

Ainsi entendue, l'approche fonctionnelle privilégiée par cette clause s'apparente à une petite révolution dans le champ du formalisme contractuel. En effet, on considère traditionnellement que toute exigence de forme doit être interprétée de manière stricte, sans équivalent possible⁵⁴. Face à cette jurisprudence inexorable, une intervention du législateur était nécessaire pour garantir la sécurité juridique des contrats conclus dans les environnements électroniques.

3. Trois clauses transversales particulières

L'analyse des textes législatifs et réglementaires démontre que, parmi la grande variété des exigences de forme susceptibles de faire obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique, certaines reviennent régulièrement. Ainsi, les notions d'écrit, de signature, de lettre recommandée à La Poste, l'exigence de mentions à des fins d'information, qui parfois doivent être « manuscrites » (c'est-à-dire écrites de la main de celui qui s'oblige), constituent des constantes dans notre droit. Par ailleurs, des exigences de forme moins fréquentes apparaissent de manière éparse, comme les notions de

prospectus, d'avenant, de formulaire type, etc.

L'article 16, § 2, prévoit dès lors plusieurs dispositions transversales particulières visant à couvrir les trois exigences de forme les plus récurrentes, à savoir celles relatives à un écrit, à une signature ou à des mentions manuscrites.

La première clause transversale particulière consacre une conception fonctionnelle de la notion d'écrit, désormais entendu comme une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission. Dès lors, il ne fait plus l'ombre d'un doute que l'écrit ne se confond pas au papier, son support traditionnel. Il se distingue également de l'acte sous seing privé, étant donné que la définition donnée ne requiert pas nécessairement de signature. En réalité, l'écrit est envisagé ici dans sa plus simple expression, comme un ensemble de signes dont les caractéristiques nécessaires et minimales seraient leur lisibilité et la possibilité de les consulter ultérieurement. Pour le surplus, si l'écrit doit faire preuve d'autres qualités fonctionnelles selon les exigences du législateur (inaltérabilité, signature, datation, conservation pendant un certain nombre d'années...), la clause transversale générale exige en tout état de cause que celles-ci soient préservées.

La seconde clause particulière est relative à la signature. De prime abord, on peut être surpris que le législateur ait adopté une disposition supplémentaire à cet égard, vu l'important dispositif

54. « La règle de forme, par définition, exclut le recours à des procédés équipollents : on ne peut échapper à son application en prétendant que le résultat attendu de la règle a été atteint par un autre moyen que la formalité prescrite » (G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 886). En ce sens, voy. aussi J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 101, n° 9 ; M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Paris, L.G.D.J., 1975, pp. 103 et s.

déjà mis en place⁵⁵. Pour faire bref, relevons que l'article 1322, alinéa 2, du Code civil se situe dans la seule orbite du droit de la preuve et ne vise dès lors pas les hypothèses où une signature est requise pour d'autres fins que probatoires. Pour obvier à cette lacune, la clause transversale particulière envisagée ici consacre le principe selon lequel toute exigence de signature posée au cours du processus contractuel peut être satisfaite par le recours à une signature électronique, aux conditions prévues par la loi, quelle que soit la finalité poursuivie.

Enfin, en vertu de la troisième clause particulière, chaque fois qu'une mention manuscrite est exigée au cours du processus contractuel, cette formalité peut désormais être satisfaite par tout moyen permettant de garantir que la mention émane bien de celui qui s'oblige. En pratique, on constate que l'exigence d'une mention manuscrite est toujours accompagnée de celle d'une signature. Dès lors, même si la clause reste neutre eu égard au procédé d'identification, on peut supposer que le recours à la signature électronique permettra de garantir qu'une mention introduite par clavier et souris interposés émane bien de celui qui s'oblige.

D'autres formalités usuelles auraient pu également être couvertes par le biais d'une clause transversale générale. On songe principalement à l'exigence d'une lettre recommandée⁵⁶. S'il est vrai que le législateur belge a d'ores et déjà reconnu et libéralisé le recommandé électronique, une certaine insécurité juridique demeure lorsqu'une disposition légale ou réglementaire exige

le recours à l'envoi ou au dépôt d'une lettre recommandée à La Poste. Il pourrait être opportun de prévoir une clause transversale particulière précisant que ce type d'exigence peut être satisfaite par le recours à un service de recommandé électronique, quel qu'en soit l'opérateur et ce, nonobstant l'emploi des termes « à La Poste » dans la loi. À la rigueur, on pourrait envisager qu'une telle clause soit adoptée par le Roi dans le cadre de la délégation qui lui est faite. Néanmoins, pareille disposition devrait nécessairement s'accompagner d'un encadrement juridique de l'activité des prestataires de services de recommandé électronique, afin de préciser les garanties minimales qu'ils devraient offrir à leurs utilisateurs, ce qui excède les limites de la délégation faite au Roi.

4. Les limites de l'approche fonctionnelle

Dans la mesure où il est possible que certaines formalités ne soient pas visées par les dispositions transversales développées ci-dessus (§§ 1^{er} et 2), le législateur confie au Roi, comme il l'a fait pour l'euro, la tâche d'adapter, à mesure qu'elles seraient relevées, toutes les dispositions législatives ou réglementaires qui constitueraient un obstacle persistant à la conclusion de contrats par voie électronique (art. 16, § 3).

Dès lors, il appartient à présent au Roi de poursuivre l'examen détaillé des textes légaux et réglementaires en quête des exigences de forme non susceptibles d'être prises en charge par les

55. Loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M.B.*, 22 décembre 2000, p. 42698 ; loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 septembre 2001, p. 33070.

56. Pour une réflexion plus approfondie sur le sujet, voy. E. MONTERO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, op. cit., pp. 69 et s., spéc. pp. 90 et s.

dispositions générales commentées. Ce travail aura valeur de test de la pertinence des dispositions arrêtées.

Ceci dit, il ne fait pas de doute que le dispositif de l'article 16 ne résout pas toutes les difficultés. Des questions délicates vont nécessairement surgir quant à l'interprétation de ces dispositions audacieuses, au regard de telle ou telle exigence de forme spécifique. Il appartiendra dès lors à la doctrine et à la jurisprudence de les élucider à mesure qu'elles se poseront. Cependant, on

peut craindre en ce domaine que la jurisprudence tarde à se développer et à s'imposer de manière uniforme.

Néanmoins, la solution avancée apparaît comme un bon compromis entre, d'une part, une approche fonctionnelle, trop générale pour envisager tous les cas de figure, d'autre part, une adaptation de tous les textes légaux au cas par cas, trop longue et fastidieuse à achever dans le bref délai de transposition de la directive imparti au législateur.